

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

RONALDO RAMON AGUIAR DA SILVA

ANÁLISE ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

NATAL - RN

2014

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVRSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

RONALDO RAMON AGUIAR DA SILVA

ANÁLISE ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

NATAL - RN

2014

RONALDO RAMON AGUIAR DA SILVA

ANÁLISE ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de **Bacharel em Direito** do Centro
Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Orientador: Professor Esp. Sandresson de Menezes
Lopes

NATAL – RN

2014

RONALDO RAMON AGUIAR DA SILVA

ANÁLISE ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito necessário para a obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN

Monografia aprovada em ____ / ____ / ____

Ronaldo Ramon Aguiar da Silva

Prof. Esp. Sandresson de Menezes Lopes

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

**Dedico este trabalho aos meus pais Jorge
William e Ana Verônica e ao meu orientador
Sandresson de Menezes Lopes.**

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são necessários primeiramente a Deus por ter concedido saúde, força e determinação nesta árdua caminhada de universitário e futuro aplicador do Direito decidindo de acordo com os preceitos dados pela Constituição em prol do bem da sociedade; aos meus pais Jorge William da Silva e Ana Verônica Aguiar da Silva pela oportunidade de estudar; aos meus irmãos Rodrigo Raphael Aguiar da Silva e Ricardo Rômulo Aguiar da Silva, este pela ajuda, aquele pelo incentivo; ao Professor Sandresson de Menezes Lopes pela imensa paciência ao longo do curso e do trabalho.

***“Acredite que você
pode, assim como você já está no meio do
caminho.” Theodore Roosevelt***

RESUMO

A questão penitenciária vem se tornando cada dia uma das mais relevantes no momento, trazendo à tona seus severos efeitos para a vida em sociedade, assim como para nossa teoria de valores. Importar ser vista de maneira responsável, comprometida com a coletividade e não de forma superficial, sob pena de resultar, como o tem acontecido, para o aumento da violência. A privação de liberdade é unanimidade reconhecida, na atualidade, como onerosa e ineficaz, por que não reeduca o criminoso nem reduz a criminalidade. No entanto, embora a legislação brasileira preveja medidas alternativas à pena de prisão, como a prestação de serviços à comunidade, elas raramente são aplicadas. Problemas como a superpopulação carcerária e o estímulo à criminalidade tornaram-se crônicos no sistema penitenciário do País, mesmo esquecendo-se do lado humanitário da questão e sem visualizar todos como seres humanos, mesmo procurando ser simplesmente pragmáticos no controle da violência. A solução da questão penitenciária há de ser a mesma: as prisões têm de promover a reeducação do prisioneiro, a reconstrução da identidade do mesmo, pois são, atualmente, verdadeiras “instituições” de crimes e variados tipos de violência, onde seus “alunos” saem doutores quiçá um verdadeiro Ph. D. em crime.

Palavras-chave: sistema penitenciário, penas alternativas, reeducação do prisioneiro.

ABSTRACT

The issue of prison is most relevant at the moment, bringing meditation to its consequences for life in society, and our theory of values. Import be seen in a responsible manner and not superficial, failing to place, as has cooperated, for the increase in violence. The deprivation of liberty is unanimously recognized, in actuality, as costly and ineffective, why not reinstate the criminal nor reduces crime. However, although the Brazilian legislation provides alternatives to punishment of imprisonment, as the provision of services to the community, they are rarely applied. Issues such as prison overcrowding and stimulate the crime has become chronic in the prison system of their parents. Even forgetting is the humanitarian side of the issue and all human beings, even looking just be pragmatic in controlling the violence. The settlement of the penitentiary has to be the same: the prisons have to promote the rehabilitation of the prisoner, the reconstruction of the identity of that because it is, currently, true schools of crime and violence, now than the prisoner out of prison how a true PhD's crime.

Keywords: prison system, alternative sentences, rehabilitation of the prisoner.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	XIII
1.0 O ESTUDO DAS PENAS: Compreendendo o instituto.....	XIII
1.1 Acepção do Direito Penal e teorias sobre o direito de punir do Estado.....	XIV
1.1.1 Teoria absoluta ou de retribuição.....	XV
1.1.2 Teoria relativa ou unitária.....	XVI
1.1.3 Teoria mista ou eclética.....	XVII
1.1.4 Divergência Doutrinária.....	XVIII
1.2 Conceito e origem da pena.....	XVIII
1.3 Evolução das penas no Brasil.....	XXI
1.4 Finalidade da aplicação das penas.....	XXIII
1.5 Classificação.....	XXV
2.0 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: Breve análise.....	XXVI
2.1 Espécies.....	XXVII
2.2 Critérios de aplicação da pena.....	XXVIII
2.3 Regimes prisionais. Execução progressiva.....	XXIX
2.3.1 A pena nos casos de crimes hediondos e equiparados.....	XXXII
2.4 Gravidade abstrata do crime.....	XXXII
2.4.1 Limite de condenação.....	XXXIII
2.5 Finalidades práticas e comentários acerca da realidade atual.....	XXXIII
3.0 ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	XXXIV
3.1 Conceito.....	XXXIV
3.2 Breve histórico.....	XXXV
3.3 Penas Alternativas no Brasil.....	XXXVI
3.3.1 Lei nº 9.714/98 - A Lei das Penas Alternativas.....	XXXVII
3.4 Aplicação da pena alternativa.....	XXXVII
3.5 Penas restritivas de direitos.....	XXXVIII
3.5.1 Espécies.....	XL
4.0 O SISTEMA PRISIONAL DO BRASIL.....	XLIII
4.1 A problemática que envolve o sistema.....	XLIV
4.2 A inconveniência do sistema.....	XLVII

5.0 UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL.....	XLVIII
5.1 Vantagens da reforma e desvantagens de se continuar com o sistema.....	L
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	LII
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	LIV

INTRODUÇÃO

A pena é um dos fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde, pois, uma vez prescindido, se dissolve.

Desde a origem até hoje, a pena sempre teve o caráter predominantemente retributivo, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, por que a retribuição, sem a prevenção, é a vingança, e a prevenção, sem a retribuição é a desonra. A própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais proclama o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reintegração do acusado à Sociedade.

Desta forma, doutrinariamente as penas classificam-se em corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos. Entretanto, somente as penas privativas de liberdade serão objeto do presente estudo.

As penas privativas de liberdade são mais utilizadas nas legislações modernas, em que pese o consenso da falência do sistema prisional. Tais medidas, contudo, não têm o objetivo apenas de punir, antes, visam recuperar o delinquente devolvendo-o sadio ao convívio social.

Eis nesse ponto o cerne do presente estudo, onde repousa a justificativa para a escolha do tema. Há que se ponderar, nesse ponto, o campo de atuação dessas medidas, a sua compatibilidade com o sistema prisional brasileiro e a sua repercussão para o pacífico convívio social.

No tocante à metodologia utilizada, o estudo em tela deteve-se basicamente em pesquisa à bibliografias e artigos jurídicos, a fim de dar um melhor desenvolvimento ao tema.

Aliás, para o desenvolvimento do estudo, a justificação da pena, especialmente a privativa de liberdade, está na sua necessidade de ser ela um meio imprescindível para o atual sistema carcerário brasileiro.

Por isso, far-se-á necessário compreender o âmbito jurídico de sua aplicabilidade, necessário se faz como delimitação do tema em discussão, trazer à tona o campo de atuação das Penas Alternativas, substitutas daquelas, tanto na seara do Direito Penal Brasileiro, quanto no contexto social. Para tanto, imprescindível percorrer a história, buscando inicialmente entender a “pena”, seu grau de importância, a sua origem e seu papel no decorrer do tempo, para, ao fim, avaliar a aplicação prática e o resultado esperado pelo Direito Penal e pela Sociedade Brasileira.

1. O ESTUDO DAS PENAS: Compreendendo o instituto

As penas são mecanismos de que se valem as normas para que seja garantida a proteção dos bens jurídicos por elas tutelados.

A *priori*, o sistema punitivo que vigora em tempos hodiernos deve ser visto com um caráter transitório, pois como mostra a experiência histórica, o Direito está em constante transformação para acompanhar a evolução social, não perdendo, deste modo, sua eficiência. Francesco Carnelutti aduz –

“Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação”¹ (CARNELUTTI, 2006, p.103)

Entretanto, para uma melhor compreensão dos princípios e ideias que fundamentam o sistema punitivo contemporâneo, torna-se necessária a análise da evolução histórica do Direito Penal e seu sistema de sanções.

1.1. Acepção do Direito Penal e teorias sobre o direito de punir do Estado

O Direito Penal é produzido pelo Estado podendo demonstrar uma legitimação, que se divide em duas ideias de importância fundamental, quais sejam da teoria do bem jurídico e da teoria dos fins das penas, no que tange a esta se distinguem duas finalidades, ou seja, com o fim mediato e imediato das penas - se aquele, vê-se consequentemente os fins do Estado, este se positiva com a ideia de prevenção e retribuição. Com a evolução da sociedade fez necessária uma grande mudança no que tange as penas impostas aos que ultrapassam os limites da lei e o nosso Direito Penal tem dado diversificadas soluções, inclusive mais humanitárias ao problema da criminalidade, explicadas nas chamadas teorias da pena.

Nas palavras de Damásio de Jesus –

“O Direito Penal regula as relações do indivíduo com a sociedade. Por isso, não pertence ao Direito Privado, mas sim ao Público. Quando o sujeito pratica um delito, estabelece-se uma relação jurídica entre ele e o Estado. Surge o juspuniendi, que é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na

defesa da sociedade contra o crime. Sob outro aspecto, o violador da norma penal tem o direito de liberdade, que consiste em não ser punido fora dos casos previstos pelas leis estabelecidas pelos órgãos competentes e a obrigação de não impedir a aplicação das sanções.”²(DAMÁSIO, 2011, p.47)

“Mezger, define a nossa matéria como o conjunto de normas jurídicas que regulam el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica.”³(DAMÁSIO, 2011, p.47) Mas ele caracterizou tal definição sendo imperfeita, “pois o Direito Penal Moderno tem-se desenvolvido organicamente, excedendo os limites de sua expressão, ampliando o seu alcance a outras consequências de essência diversa da pena, como as medidas de segurança.”⁴ (DAMÁSIO, 2011, p.47). Segundo Frederico Marques - “[...] é imprescindível que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena.”⁵(DAMÁSIO, 2011, p.47)

Ao se falar em sanção e direito de punir do Estado, Regis Prado aduz –

“A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. São inúmeras as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas de modo didático em três grandes grupos: (...)”⁶. (PRADO, 2005, p. 553)

1.1.1. Teoria absoluta ou de retribuição

Essa teoria defende que a finalidade da pena é retribuir o cometimento do delito – retribuindo o mal com o mal.

Nas palavras de PIMENTEL –

“[...] não havia, portanto, qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, uma vez que a pena se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito, e tinha o caráter de um mal equivalente àquele causado pelo infrator, limitada pelo critério de proporcionalidade ao crime, certa e definida, segura e justa.”⁷ (PIMENTEL,1983, p.129)

Logo, por essa teoria, a pena é a retribuição ao cometimento do crime, restabelecendo a ordem jurídica lesada, mas não possui nenhum fim unitário, nas palavras de Claus Roxin –

“a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: apenas deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.”⁸ (GRECO, 2006, p.524)

Esta teoria tem como defensores alguns expoentes como os filósofos Kant, Hegel, Bekker, Stahl etc. Sem sucesso, procuravam eles não confundir esta retribuição com castigo, ora atribuindo-a um caráter divino - Bekker e Stahl, ora jurídico - Hegel e Pessina.

1.1.2. Teoria relativa ou unitária

Aduz que à pena era dado um fim especial qual seja a prevenção. Era uma intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto. O Estado deveria impedir a violação do Direito através da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação), já dizia o precursor do Positivismo, Feuerbach – (podemos considerá-lo pai do Direito penal moderno).

Nas palavras de Greco a prevenção pode ser estudada em dois aspectos. *‘Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal’.*⁹ (GRECO, 2006, p.525) Diante do exposto fica claro também nas palavras de Foucault, o qual explica que quando um suplício que por ventura tenha acontecido *“as cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.”*¹⁰ (FOUCAULT, 2000, p.49) Dessa forma pensa-se que mostrando o fim daqueles que cometem atos ilícitos, aqueles inclinados a praticar crimes pensariam duas vezes antes de cometer qualquer infração, nas palavras de Winfried Hassemer:

“existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com

o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.”¹¹(GRECO, 2006, p.525)

Já a prevenção tida como positiva difunde o respeito a certos valores como bem informa Roxin – *“a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”*¹², significando, em simples palavras, que o autor pense antes de cometer um ilícito penal. (GRECO, 2006, p.526)

PIMENTEL aduz:

*“O homem passava a centrar o Direito penal, como objeto principal de suas conceituações doutrinárias. O crime passava a ser apenas um produto do homem, um fenômeno que reclamava providências para a proteção da sociedade. A pena não era mais um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade.”*¹³(PIMENTEL, 1983, p.129)

Masson aduz – *“ para esta variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais(punitur ne peccetur).É irrelevante a imposição de castigo ao condenado.”*¹⁴(MASSON, 2012, p.544)

1.1.3. Teoria mista ou eclética

Marcada pela característica de pena ser ao mesmo tempo um meio de educação e de correção fazendo parte deste conjunto o caráter intimidatório. Ocorre aqui a junção Essas teorias fundem as duas correntes anteriores, sendo o apelo das legislações e posições dogmáticas modernas. A pena tem como finalidade a prevenção aplicando-se um misto de correção e educação, nas palavras de Trigueiros Neto (TRIGUEIROS NETO, 2012 p.78), esta teoria aduz que a pena deve retribuir ao delinquente o mesmo mal que ele deu ensejo, caracterizando a retribuição, ao mesmo tempo em que não dá estímulos àquele praticar novos delitos, caracterizando a prevenção.¹⁵

Nosso ordenamento jurídico pátrio, aderiu a essa corrente tendo em vista uma espécie de metamorfose do criminoso frente a sociedade, ou seja, tornando-o correto readaptando-o à vida em sociedade.

1.1.4 Divergência Doutrinária

Alguns renomados autores e juristas brasileiros discordam das teorias supracitadas, é o caso do jurista Francesco Carnelutti que não adota nenhum das três teorias -

“O mínimo que se pode concluir dele é que o condenado, o qual, ainda tendo caído redimido antes do término fixado para a condenação, continua em prisão porque deve servir de exemplo aos outros, é submetido a um sacrifício por interesse alheio; este se encontra na mesma linha que o inocente, sujeito a condenação por um daqueles erros judiciais que nenhum esforço humano jamais conseguirá eliminar. Bastaria para não assumir diante da massa dos condenados aquele ar de superioridade que infelizmente, mais ou menos, o orgulho, tão profundamente aninhado ou mais íntimo de nossa alma, inspira a cada um de nós, ninguém verdadeiramente sabe, no meio deles, quem é ou não é culpado e quem continua ou não sendo”¹⁶. (CARNELUTTI, 2006, p.103) Importante também lembrar o que afirma Von Liszt, segundo o qual duas teorias que se diferenciam devido a uma primar pela correção daquele que ultrapassou os limites legais, a outra pela punição pelo crime em si – “Não se poderá acrescentar nada de importante a esses efeitos da execução da pena. O fato de que a pena produz toda uma série de efeitos reflexos, como me ocorre chamá-los, é obvio, porém carece de importância suficiente para invalidar nossa classificação. Somente resta mencionar, ademais, a importância da ameaça penal, aquele que, como exortação e intimidação, reforça motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Não devemos perder de vista este efeito, mas no momento, teremos de deixá-lo de lado. Pois não se trata para nós dos imperativos estatais, mas de pena estatal, da qual a ameaça da pena somente é um imperativo agravado”¹⁷. (LISZT, 2005, p.56)

A partir do explícito supra, infere-se que os cidadãos incorretos devem ser inoculados e aqueles que não o são, no caso dos corrigíveis, serem levados à correção o restante deverá ser visto por consequência.

1.2. Conceito e origem da pena

As penas existem desde os primórdios da humanidade.

A partir do momento em que o homem passou a se organizar em grupos, surgindo os primeiros conflitos de interesses, frutos da competição e ambição inerentes ao instinto humano. Movido por seus impulsos, o indivíduo, muitas vezes ultrapassava seus direitos, violando os

direitos alheios, ilícita e ilegalmente, para concretizar seus anseios, assim vê-se que as penas passaram a ser necessárias para organização, quiçá controle da sociedade.

Wessels nos explica –

“Segundo nos revelam dados históricos, o Direito Penal não existiu sempre. Seu aparecimento se dá, propriamente, no período superior da barbárie, com a primeira grande divisão social do trabalho e a consequente divisão da sociedade em classes e a implantação do Estado [...] O Direito Penal somente se estrutura quando a produção, já desenvolvida com o emprego de instrumentos de metal e da agricultura, apresenta considerável quantidade de reservas de excedentes e exige suplemento de mão-de-obra, cindindo a antiga organização gentílica, alicerçada no trabalho solidário e comum, para substituí-lo pela propriedade privada dos meios de produção e pelo trabalho escravo. Com isso se estratificou a sociedade em classes, e, por consequência, se criaram contradições antagônicas que deveriam, agora, ser disciplinadas por um poder central e por normas rígidas, de caráter penal, para garantir a nova ordem.”¹⁸(MIRABETE, FABBRINI, 2011, p. 15)

A partir da mesma linha de raciocínio, Mirabete também infere –

“Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste a seca, todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (“totem”) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que não obedecidas acarretavam castigo. A infração totêmica ou a desobediência tabu levou a coletividade à punição do infrator para desagravar a entidade, gerando-se assim, o que, modernamente, denominados “crime” e “pena”. O Castigo infligido era o sacrifício da própria vida do transgressor ou a “oferenda por este de objetos valiosos (animais, peles, e frutas) à divindade, no altar montado em sua honra”¹⁹(MIRABETE, FABBRINI, 2011, p. 15)

As primeiras penas eram aplicadas de forma violenta e desumana, dotadas de cunho emocional e religioso; eram fixadas pelo próprio aglomerado humano. As penas mais primitivas foram o escárnio, a expulsão da comunidade (banimento), a vingança de grupo contra grupo e a pena de morte, eliminando-o definitivamente da comunidade e evitando que o mesmo viesse a cometer novos delitos, conturbando a paz social.

A pena, de um modo geral finda seu conceito sendo uma sanção que o Estado estabelece, atingindo o sujeito em seus bens jurídicos, mostrando ser contra prática de atos delituosos – crimes – condutas que se mostram reprováveis frente ao Direito coma finalidade de preservar a sociedades de ser atingida por novas ações delituosas.

Por tal razão, são de sua essência o caráter aflitivo - significando a privação, a restrição do que dito antes entende-se por bens jurídicos do criminoso e retributivo – significando, como

dito pelo próprio termo, uma retribuição pelo delito cometido de acordo com a complexidade deste.

*“O meio de ação de que se vale o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado.”*²⁰. (DAMÁSIO, 2011, p.45)

Hodiernamente, o Direito Penal tem adotado uma posição mais liberal, passando a aplicar as penas com um caráter recuperado, ou seja, com o intuito de fazer com que o apenado retorne ao seio social reconstituído.

Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a violação (fato típico) a bens jurídicos fundamentais, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajuste social sobre o criminoso.

Nesse aspecto no que tange a atualidade, válido se faz, lembrar o que Greco nos aduz –

*“Em nosso país, depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição, visando proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir em algumas hipóteses, à sua função preventiva [...]”*²¹ (GRECO, 2006, p.519). Isto posto, Greco ainda fundamenta com a Carta Magna – *“O inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, diz, portanto, que não haverá penas: a) de morte, salvo no caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”*²²(GRECO, 2006, p.519)

Não obstante, o fato é que a prisão, que é vista como o núcleo dos sistemas repressivos atuais, tem fracassado quanto à consecução de seu fim, qual seja de recuperar condenados fazendo com que estes retornem à sociedade, libertos dos sentimentos que os levaram a delinquir.

É, pois, diante desta nova realidade, que estar-se consolidando na doutrina hodierna o movimento de ideias em favor do Direito Penal Mínimo, segundo o qual é preciso enxugar consideravelmente o excessivo leque de tipologia penal, para que o Direito Penal retorne aos trilhos originais de tutela apenas dos valores fundamentais à coexistência humana: vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio etc. A ideia matriz é a de que o Direito Penal deve passar por um processo de descriminalização das condutas hoje incriminadas, mas que não representam uma ofensa mais grave aos bens jurídicos considerados fundamentais.

1.3. Evolução das penas no Brasil

a) *Período Colonial*

O ordenamento jurídico brasileiro tem suas raízes oriundas dos portugueses, descobridores do Brasil, que trouxeram para o nosso país o seu complexo jurídico, pouco importando para ele se aqui já existia um sistema de normas de conduta vigentes nas comunidades indígenas que aqui habitavam, visto que estas apresentavam diferentes estágios de evolução. É bem sabido, com base na História, que antes da descoberta do Brasil pelos portugueses, não existia aqui um código de normas de condutas vigente, mas simples regras consuetudinárias, chamadas de *tabus*, comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e dotadas de misticismo. Greco nos ensina que *“as idéias de Direito Penal que podem ser atribuídas aos indígenas estavam ligadas ao direito costumeiro, encontrando-se nele a vingança privada, a vingança coletiva e o talião.”*²³ (MIRABETE, 2011, p.23) Algo relevante a ser dito é que devido aos precários modos de punição dos indígenas *“que habitavam nosso país em nenhum momento influíram na nossa legislação”*²⁴. (MIRABETE, 2011, p.23)

É bem sabido, com base na História, que antes da descoberta do Brasil pelos portugueses, não existia aqui um código de normas de condutas vigente, mas simples regras consuetudinárias, chamadas de *tabus*, comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e dotadas de misticismo. Nessa época predominou a vingança privada, sem nenhuma unicidade nas formas de reação contra as condutas ofensivas, e as penas corporais destituídas de torturas.

Primeiramente, após análise doutrinária, foram aplicadas as Ordenações Afonsinas em vigor até o ano de 1512 ; após, as Ordenações Manuelinas em vigor até o ano de 1569, que tiveram pouca aplicabilidade em virtude da sociedade está em processo inicial de organização no primeiro século de dominação, estas últimas – Manuelinas – foram substituídas pelo Código de Dom Sebastião em vigor até o ano de 1603.

Posteriormente, sobrevieram as Ordenações Filipinas que foram aplicadas intensamente no Brasil até 1830, segundo explicações de Mirabete –

*“[...] refletiam o direito penal dos tempos medievais. O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores [...] as penas severas e cruéis [...] visavam infundir o temor pelo castigo. Além da pena de morte[...] eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.”*²⁵
(MIRABETE, 2011, p.23)

As penas previstas tinham como objetivo castigar o criminoso e intimidar os demais indivíduos, para que eles não voltassem a cometer tais atos delituosos.

A partir de 1830 foi editado o nosso primeiro Código Criminal, vigendo as normas insertas nesse Diploma Legal até culminar no Código Penal de 1940, aplicado até os dias atuais, mas que já é, e há muito, passível de reforma.

b) Período Imperial

A independência do Brasil frente a Portugal fez surgir a necessidade de se implantar um novo ordenamento jurídico que viesse substituir o vigente. *“Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16-12-1830, era sancionado o Código Criminal do Império.”*²⁶(MIRABETE, 2011, p.23) A partir de análise doutrinária²⁷, o referido código, criado por iniciativa com elaboração do Legislativo e Parlamento, respectivamente, demonstrava uma individualização da pena, existência de agravantes e atenuantes e o julgamento dos menores de 14 anos, a pena de força também foi inserida, após longos debates no Congresso, com o intuito de evitar crimes pelos escravos. Entretanto, por haver nessa época, distinção entre classes sociais, assim muito bem definidas, as penas mais cruéis e degradantes seriam aplicadas em grande escala na classe dos escravos, diversamente do que ocorria com a aristocracia rural. Era um Direito Penal distinto a ser aplicado a cada camada social.

Assim, em 1830 foi criado o primeiro Código Criminal Brasileiro, influenciado pelas ideias contidas nos códigos italiano e francês e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que pregava a igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens.

c) Período Republicano

Outro período histórico que originou a reformulação das normas penais foi a República, em 1889. Obviamente que a sociedade progredia, juntamente com os pensamentos, os costumes. Daí a necessidade de substituição do sistema de normas até então vigente, por um que se adequasse à nova realidade brasileira.

No início do período, em 1890, foi criado um Código Penal, instituído a prisão como principal forma de punição, como ocorre atualmente. O código previa também as penas de interdição, suspensão e perda da função pública e multa, mais ainda há de se esclarecer que foi

“alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava e que decorriam, evidentemente, da pressa com que fora elaborado. Aboliu-se a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de caráter correccional, o que

constituía um avanço na legislação penal [...] era mal sistematizado e, por isso, foi modificado por inúmeras leis até que, dada a confusão estabelecida pelos novos diplomas legais, foram todas reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213, de 14-12-1932.”²⁸ (MIRABETE, 2011, p.23)

Mas foi em 1942 que vigorou o Código Penal – Decreto Lei nº 2848, de 7 de Dezembro de 1940 – utilizado até os dias atuais embora submetido a algumas alterações tais como a Lei nº 7.209/84, de 11 de julho de 1984, que alterou os artigos 1º ao 120. *“Teve o código origem em projeto de Alcântara Machado, submetido ao trabalho de uma comissão revisora composta de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira.”* Caracteriza-se por *“uma legislação eclética com os postulados das Escolas Clássica e Positiva, aproveitando-se, regra geral o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos códigos italiano e suíço”²⁹ (MIRABETE, 2011, p.24)*

A partir dessa Lei, passou-se a ter um sistema penal mais evoluído, de acordo com os padrões sociais, principalmente no tocante à adoção de penas alternativas, isto é, penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade de curta duração. Era o início da preocupação nacional com a problemática da ressocialização dos apenados, os quais, submetidos à segregação, retornavam ao convívio social, ainda mais corrompidos, imbuídos de um sentimento de revolta, contra o Estado e sociedade, voltando a delinquir.

Passa-se, pois, ao enfoque das penas privativas de liberdade, a delimitar o tema com análise das penas alternativas, com ênfase, sobretudo, para seu caráter substitutivo e toda a realidade social na qual está inserida, conforme adiante.

1.4. Finalidade da aplicação das penas

Em uma primeira impressão entendemos a pena de forma bem elucidativa nas palavras de Greco - *“A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer seus ius puniendi”³⁰* (GRECO, 2006, p.519) devendo, contudo, estar ciente, ou melhor, o Estado deve ser observador dos princípios constitucionais ao aplicar com seu poder a respectiva sanção aquele que ultrapassa os limites da lei, como bem aduz Greco – *“[...]embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar sanção àquele que , violando o ordenamento jurídico-penal, praticou*

determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, em nossa Constituição Federal.”³¹(GRECO, 2006, p.519)

As finalidades que se atribuem à medida penal variam, necessariamente, de acordo com a evolução social e jurídica.

As praticas punitivas que correspondiam às teorias absolutas punha em função a ideia retributiva e nesta encerram o destino real da pena. Mas a retribuição pura, como núcleo e objetivo da sanção penal, era uma abstração de doutrina.

Na realidade, ao pensamento retributivo juntou-se a finalidade pratica de deter o possível criminoso no caminho do crime; entretanto, era uma maneira brutal e grosseira de exemplaridade, com sérios rigores de punição e execução, de acordo com Damásio citando Aníbal –

“Mas, como esclarecia Aníbal Bruno, na evolução do Direito a pena vem aumentando cada vez mais, sobretudo no momento de sua execução, esse caráter de retribuição e de castigo, e agora perde o seu posto de sanção única do fato punível. As ideias modernas sobre a natureza do crime e suas causas e a exigência pratica de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível. São as chamadas medidas de segurança.”³²(DAMÁSIO, 2011, p.45)

Atribuindo à pena um fim que não fosse o puro imperativo Kantiano de justiça, expresso na retribuição, esse fim prático teria de ser a prevenção dos crimes.

Assim é que o fim da aplicação da pena é impor a defesa social pela proteção de bens jurídicos considerados essenciais à manutenção da convivência. É este o fim mesmo do Direito Penal.

Destarte, essa defesa consiste justamente em prevenir a ocorrência de novos crimes, seja mediante prevenção geral, aplicando-se a toda coletividade, ou por prevenção especial, agindo diretamente sobre o próprio criminoso.

Entretanto, há que se ter em mente que, de modo contrário aos tempos primitivos, a pena não pode ser aplicada de maneira exacerbada, violenta, em um lugar altamente insalubre como em quase totalidade dos presídios brasileiros - a exemplo disto o Presídio Provisório Raimundo Nonato –

“O Presídio Provisório Raimundo Nonato de Natal (RN) é a dramática encarnação do estado vergonhoso, de autêntica barbárie, em que se encontra hoje o sistema carcerário do Brasil. Além de superlotado, o presídio está

completamente abandonado pelo poder público em todos os aspectos (infraestrutura, condições higiênico-sanitárias, atendimento psicológico aos presos, fiscalização da administração e da gestão, etc.), o que faz com que seja, na prática, um universo concentrado de atrocidades gratuitas e fora de qualquer legalidade contra quem está descontando penas entre suas paredes.[...] o único direito que os presos do Presídio Provisório Raimundo Nonato têm é o à humilhação, à fome, às doenças e a toda espécie de tortura física e psicológica, sendo sua condição humana completamente negada.”³³ (Redação de Tecido Social – Correio Eletrônico da Rede Estadual de Direitos Humanos do Rio Grande do Norte).

Tendo que ter em vista, também, que em alguns presídios há a intimidação demasiada que pode conduzir a afeitos perturbadores, e os excessos e injustiças também na punição levam a degradação dos costumes, embrutecendo os indivíduos e provocando sentimentos de vingança e revolta contra a leis e as autoridades, algumas dessas características podemos sentir quicá presenciar em alguns sistemas prisionais brasileiros, como o exemplo do presídio supra citado em que

“[...] ao invés que ressocializar e regenerar os presos, a cadeia - como está organizada hoje no Brasil - perverte, vicia, deturpa, humilha e embrutece. É uma universidade às avessas, onde se aperfeiçoa a montagem da criminalidade. Para enfrentarem o estado em que vivem, o ambiente prisional e sua contaminação, os presos necessitam de um acompanhamento psicológico permanente. Porém, o sistema atual, ao contrário do que dispõe a lei penal, cria ou acirra o espírito de mágoa, insatisfação e revolta pela crueldade, miserabilidade e insalubridade do local. É o que ocorre com os detentos do Presídio Provisório: inexistente um acompanhamento psicológico e também qualquer tipo de assistência material. [...] Além de serem agredidos diariamente sem motivo nenhum, por puro sadismo dos agentes penitenciários, os presos são submetidos à humilhação permanente de serem tratados de "bois" cada vez que agentes ou policiais lhes dirigem a palavra.”³⁴ (Redação de Tecido Social – Correio Eletrônico da Rede Estadual de Direitos Humanos do Rio Grande do Norte).

A exemplo supra e da aclamada obra em livro e filmada do diretor José Padilha – TROPA DE ELITE 2, como acontece no começo do filme a assustadora rebelião que acontece e retrato do atual sistema penitenciário de nosso País. Alias, não é este o fim da Justiça. É por tal razão, que uma vez aplicada com essa finalidade, sacrifica-se a função educativa do Direito Penal. Deve-se, portanto, aplicar a pena com o fito de promover a formação de uma consciência inclinada à paz, à justiça ao respeito enquanto cidadão probo. ³⁵(FERRAZ, 2010, Tropa de Elite 2)

1.5. Classificação

Em breve análise doutrinária³⁶ as penas classificam-se em: corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos. (MIRABETE, 2002, p.248)

As penas corporais (*strictu sensu*) atingem a própria integridade física do criminoso. São os açoites, as mutilações e a morte. Dizia-se serem as únicas penas adequadas, aos brutos e degredados, pensava-se que estes só se sensibilizariam por estímulos materiais e pelo temor dos castigos, proclamando-se, ainda, a vantagem de dispensar a pena de prisão e todos os seus inconvenientes. Com relação à pena de morte, seus defensores entendem que é a única capaz de realmente intimidar o delinquente perigoso, sendo um meio eficaz e econômico de proteção à sociedade. As penas corporais cruéis foram abolidas na maioria dos países civilizados, embora permaneçam em algumas nações, como, por exemplo, no Irã.

As penas privativas de liberdade, objeto de nosso estudo, são as mais utilizadas nas legislações modernas, em que pese o consenso da falência do sistema prisional. Pode-se dividir em prisão perpetua e temporária. São originárias de outras penas: enquanto aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés etc.), os condenados ficavam privados da liberdade. Depois, a prisão passou a ser a própria pena.

As penas pecuniárias são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente, sendo modalidades a multa e o confisco. A primeira consiste no pagamento de determinada quantia pelo autor da infração penal, calculada segundo determinados critérios. A segunda consiste na perda de bens, por parte do sujeito ativo da relação criminal, podendo ser executada contra sucessores nos limites do patrimônio transferido.

Já as penas privativas e restritivas de direitos são as que retiram ou diminuem direitos dos condenados. São divididas em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Como efeito da condenação, pode ocorrer, ainda, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela e a inabilitação para dirigir veículo. Funcionam também como substitutas das privativas de liberdade, conforme se elucidará detalhadamente mais adiante, quando da delimitação do tema em debate.

Vista em linhas gerais a classificação das penas, passemos a adentrar no foco do trabalho com a elucidação das penas privativas de liberdade e suas alternativas.

2. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: Breve análise

As penas privativas de liberdade surgiram no século XVI, tomando maior amplitude a partir do século XVII. A legislação (como um todo) prevê como base de sua aplicabilidade a reforma do criminoso, de forma a reintroduzi-lo na sociedade, passando a conviver sem ferir as normas.

Representam um avanço significativo no tratamento do condenado, pois que não violavam seu direito à vida e à sua integridade física, como acontecia primitivamente.

Contudo, dentre as diversas teorias que formularam a concepção das penas privativas de liberdade, até nossos dias, nenhuma conseguiu atingir de forma objetiva o fim proposto. O que se tem, hoje, na verdade, é um clima de extrema perplexidade, onde predomina o descrédito em relação à execução dessa pena conjuntamente com o sistema carcerário.

É de se lamentar que a aplicação dessas penas frequentemente não tem conseguido alcançar a ressocialização do indivíduo, conforme adiante se analisará.

2.1. Espécies

O Código Penal a divide em duas espécies de pena privativa de liberdade quais sejam: a reclusão e a detenção. A Lei de Contravenções Penais aduz, ainda, a prisão simples, como terceira espécie, não havendo diferença ontológica entre elas. As diferenças são meramente formais.

Nos termos do art. 33, *caput*, do Código Penal, “as penas privativas de liberdade são duas (art. 33 *caput*): 1ª) reclusão; 2ª) detenção.”³⁷(DAMÁSIO, 2011, p.567) A partir de análise doutrinária³⁸(DAMÁSIO, 2011, p.568) entendendo-se que apenas a reclusão admite o regime inicial fechado, e há diferenças entre a reclusão e detenção, as quais são apontadas por Greco, onde aduz que

“[...]algumas diferenças de tratamento podem ser apontadas no Código Penal e no Código de Processo Penal, entre as penas de reclusão e detenção, a saber: a) a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto salvo necessidade de transferência a regime fechado(art.33, caput, do CP); b)no caso de concurso material, aplicando-se cumulativamente as penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela(arts. 69, caput, e 76 do CP); c) como efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela somente ocorrerá coma prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado(art.92,II, do CP.);d) no que diz respeito à

aplicação de medida de segurança, se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial(art.97 do CP); e) a prisão preventiva, presentes os requisitos do art.312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos casos de detenção somente se admitirá a prisão preventiva quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la(art.313,I e II, do CPP); f) a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção(art. 322 do CPP); g) a intimidação da sentença de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida apenados com reclusão, portanto inafiançáveis, será sempre feita ao réu, pessoalmente(art.414 do CPP).”³⁹(GRECO, 2006, p.534)

2.2. Critério de aplicação da pena

O sistema brasileiro é o trifásico, onde o Juiz escolhe a pena-base dentro da escala penal abstratamente prevista para cada delito; em seguida, percorre circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas para, ao fim, aplicar as causas especiais de aumento e de diminuição de pena, tudo em observância aos arts. 59 e 68 do Código Penal. Nas ilustres palavras de Greco –

“Após o julgador ter concluído, em sua sentença, pela prática do delito, afirmando que o fato praticado pelo réu era típico, ilícito e culpável, a etapa seguinte consiste na aplicação da pena. Adotado o critério trifásico pelo art. 68 do Código Penal, o juiz fixará a pena-base, atendendo os critérios do art. 59 do mesmo diploma repressivo; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e aumento.”⁴⁰(GRECO, 2006, p.533)

Com efeito, ainda há que se ressaltar que é exigência constitucional – prevista no art. 5º, LXVI da Carta Magna – a individualização da pena. Na linha da teoria eclética, deve a pena aplicada ser o suficiente para prevenir e reprimir o delito, causando ao apenado o menos mal possível. Daí que deve ser fixada no *quantum* exclusivamente necessário ao desempenho de seu mister. Alias, o próprio art. 59 do Código Penal, estabelece que o Juiz fixará a pena quando aduz - “conforme seja necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime”, salientando no inciso III do citado artigo que o juiz decidirá se cumprirá em um dos três tipos de regime já elucidados supra. Destarte, mesmo se estando diante de um criminoso, seja qual ato este tenha cometido, é preciso vê-lo sempre humanamente, quer na punição, quer na absolvição.

2.3. Regimes prisionais. Execução progressiva

A Lei classifica em três, os regimes prisionais brasileiros: regime fechado, semi-aberto e aberto. A seguir brevemente caracterizados.

a) Regime fechado

Nos termos do art.33, §3º, al. a – deverá começar em regime fechado aquele que tenha sido condenado, não reincidente, a pena superior a oito anos.

No regime fechado, o cumprimento da pena se dá no interior de penitenciária (conforme teor do art. 87 da Lei das Execuções Penais); “[...] tendo sido determinado o cumprimento da pena em regime fechado, será ele encaminhado à Penitenciária, nos termos do art. 87 da Lei de Execução Penal[...]”⁴¹ (GRECO, 2006, p.545); e o condenado fica sujeito a trabalho diurno interno, em princípio e a isolamento durante repouso noturno, conforme artigo 34 do Código Penal –

*“O trabalho é um direito do preso, segundo inciso II do art. 41 da Lei de Execução Penal, [...] se o Estado [...] não lhe fornece trabalho, não poderá o preso ser prejudicado por isso, uma vez que o trabalho gera o direito à remição da pena, fazendo com eu para cada três dias de trabalho o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado.”*⁴²(GRECO, 2006, p.545).

Ainda acerca do trabalho do preso, este poderá desempenhar atividades externas mesmo que em regime fechado, mas “[...] somente em obras públicas realizadas por órgão da administração direta e indireta, ou entidades privadas [...] com observância do fator fuga e da disciplina de acordo com o artigo 36 da LEP.”⁴³(LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.).A Lei de Execuções⁴⁴ (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.) estabelece as condições mínimas da penitenciária, nos seus arts. 88, parágrafo único, 89 e 90. Lamentavelmente, no Brasil não há vontade política para implementar essas condições, que são condenadas a permanecerem no “papel”.

b) Regime semi-aberto

Nos termos do art.33, §3º, al. b – deverá começar em regime semiaberto aquele que tenha sido condenado, não reincidente, a pena superior a quatro anos e que não exceda a oito anos.

No regime semi-aberto a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar. A Lei de Execuções Penais⁴⁵ cuida da matéria nos arts. 91 e 92, *in verbis*:

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena. (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.)

Com efeito, a partir da doutrina de Mirabete⁴⁶, a idéia de prisão de caráter semi-aberto apareceu na Suíça, com a construção da prisão de Witzwill, que ficava localizada na zona rural, abrigando os sentenciados que trabalhavam como colonos de uma fazenda, com pouca vigilância e muita confiança nos apenados.(MIRABETE, 2002, p.257) “*O trabalho ao ar livre, nos estabelecimentos semi-abertos, é muito gratificante para o preso, que assim retoma o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social*”⁴⁷(PIMENTEL, 1983, p.142) . “*É admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. [...] possibilita, também, a remição de sua pena, [...] três por um.*”⁴⁸ (GRECO, 2006, p. 547) Ocorre que a grande maioria dos criminosos provém dos grandes centros urbanos, o que levou o legislador a optar pela diversidade de estabelecimentos semiabertos, incluindo os industriais e similares. É permitido o trabalho externo que, contudo, é excepcional (art. 35, §2º, do Código Penal).

c) Regime aberto

Caracterizado nos termos do art.33, §3º, al. c – deverá começar em regime aberto aquele que tenha sido condenado, não reincidente, a pena inferior a quatro anos.

No regime aberto é realçada a autodisciplina e a responsabilidade do condenado, já que cumpre sua pena sem qualquer vigilância, devendo trabalhar externamente, como regra, durante o dia e se recolher à noite. Na dicção de Brússolo⁴⁹, a origem mais remota da prisão aberta se deu no estado de Nova York, quando, em 1868, se fez a primeira experiência, através da “*probation system*”. (PACHECO, RT 582/227). Depois, ingressou no Direito Britânico em 1907, na Bélgica, em 1915, no Direito Sueco, em 1918, no Australiano, em 1920 e no Francês em 1951.

O regime aberto está disciplinado pelos arts. 93 a 95 da Lei de Execuções Penais⁵⁰, que cuidam do estabelecimento adequado para esse regime, chamado “Casa de Albergados”, *in verbis*:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados. (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.)

“[...]regime baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenando, permite que este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”⁵¹(GRECO, 2006, 547).

O regime aberto é o ultimo estágio antes da reinserção do indivíduo na sociedade.

Em sendo o regime previsto inicialmente, o juízo do processo de conhecimento, de acordo com Greco -

“poderá estabelecer condições especiais [...] sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: I- permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II-sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III- não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV- comparecer a juízo para informar e justificar suas atividades, quando for determinado (art. 115 da LEP).”⁵²(GRECO, 2006, p.549)

Algo importante de se salientar e que muitos desconhecem é algo significativo, correlato ao trabalho do preso – que é o respeito a sua integridade física e moral e aos benefícios da previdência.

“Nos termos do art. 38 do CP, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral. O trabalho do preso , de acordo com o art. 39 do CP, será remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.”⁵³(DAMÁSIO, 2011, p. 570).

A exceção relativa a esse trabalho refere-se aos sujeitos que estiverem inseridos no regime aberto e que necessariamente tenham que estar em ambiente particular, está preconizada no artigo 117 da Lei de Execução Penal, quais sejam: *I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.*⁵⁴ (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.)

Na prática, entretanto, vê-se que, geralmente, a aplicação desses dispositivos restringe-se apenas à norma escrita.

E quanto ao reincidente no caso do regime aberto, salientamos a súmula 269 do STJ⁵⁵: *“É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.* (GRECO, 2006, p.547)

2.3.1. A pena nos casos de crimes hediondos e equiparados

A pena deverá ser cumprida em regime fechado e ao se falar em progressão de regime, o juízo deverá avaliar se o apenado cumpriu dois quintos da pena no caso de réu primário ou três quintos no caso de réu reincidente, caso gere dúvidas no seu gênio deverá realizar o exame criminológico. É o que se depreende das palavras de Damásio junto à súmula vinculante 26 do STF:

*“A pena imposta por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo deve ser cumprida inicialmente em regime fechado [...], cabendo progressão de regime somente depois de cumprimento de dois quintos da pena (se primário o sentenciado) ou três quintos (se reincidente).”; “[...]por meio da Súmula Vinculante 26:”Para efeito de progressão de regime no cumprimento da pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico”.*⁵⁶(DAMÁSIO, 2011, p. 568)

2.4. Gravidade abstrata do crime

Os tribunais brasileiros não admitem que seja estabelecida a pena mais severa do que a admitida em lei. É o que nos explica a Súmula 440 do STJ – “*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*”; No mesmo sentido as Súmulas 718 e 719 do STF, respectivamente –

*“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o permitido segundo a pena aplicada; A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”*⁵⁷ (DAMÁSIO, 2011, p. 568)

2.4.1 Limite de condenação

Estabelece o art. 75, do Código Penal que “*o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos*”.⁵⁸ (ANGHER, 2011, p. 354)

Assim, por disposição expressa, ninguém estará obrigado a cumprir mais de 30 anos de pena privativa de liberdade embora condenado, por vários crimes, a um total de penas superior a esse limite, de tal modo que, havendo várias condenações, após as devidas somas das penas, unificar-se-as em 30 anos, para atender ao dispositivo supra.

2.5. Finalidades práticas e comentários acerca da realidade atual

Como já assinalado, a pena privativa de liberdade, consoante a teoria mais aceita sobre o direito de punir do Estado, não tem o objetivo apenas de castigar. Antes disto, ela visa a recuperar o delinqüente, “*devolvendo-o sábio ao convívio social*”⁵⁹. (PIMENTEL, 1983, p.145)

O advento da pena privativa de liberdade contribui decisivamente para a eliminação das penas corporais, as mutilações, as torturas etc.

Contudo, tal medida não tem correspondido às expectativas, restando hoje um verdadeiro descompasso entre sua execução e seus fins. É praticamente impossível tem sido a ressocialização

dos sujeitos que se encontram presos, quando vivem em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles que, em liberdade, deverá obedecer. Algo que exemplifica de forma clara o parágrafo supra, e que se faz importante citar é parte de uma análise feita por Acauam Oliveira –

“[...] o modelo de sociabilidade nacional oscila sempre entre dois extremos: o padrão caridade – programa do Gugu, Netinho, Vida de Princesa – e o padrão extermínio – jagunços, escravidão e programas policiais como o de José Luiz Datena. Os dois extremos unidos pelo mesmo princípio, aos amigos tudo, aos inimigos, o rigor da lei. Princípio cordial por excelência. A sociabilidade sentida como luta de morte”.⁶⁰ (OLIVEIRA, 2012, Fonte: <http://passapalavra.info/2012/08/63223>)

Não obstante isto, em que pese o reconhecido fracasso do sistema prisional, não há como negar que continua sendo essa medida o único recurso aplicável para os delinquentes de alta periculosidade. A prisão é insuprimível, quer como instrumento de repressão, quer como defesa social.

Tal constatação seduz às idéias de alternativas à pena de prisão. Já os mais empolgados chegam a defender a despenalização e ao abolicionismo, que, diga-se de passagem, não é o viável.

Passemos então, a elucidação das penas alternativas.

3.0. ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como as finalidades das penas são a defesa da sociedade e a ressocialização do infrator, fins cada vez menos alcançados pela pena privativa de liberdade, a prisão passou a ser reservada aos casos de extrema necessidade, quando o condenado oferecer risco à integridade social.

Assim, as penas alternativas representam um significativo avanço das formas de repressão delitiva, através das quais, o apenado cumpre sua pena em liberdade, sem que seja submetido à promiscuidade da segregação, permanecendo inserido no meio social sem sofrer maiores preconceitos.

3.1. Conceito

Penas alternativas são medidas penais substitutivas das penas privativas de liberdade, aplicadas aos fatos típicos a que a lei denominou de infrações de menor potencial ofensivo.

As penas alternativas, diferentemente do que muitos pensam, não estimulam a prática do delito, mas sim a inibe, por ser uma medida eficaz de punição e recuperação do delinquente, onde há a participação do Estado e da sociedade, nesse processo reintegratório. É o que se depreende da doutrina, que infere serem tais penas *“alternativas penais, também chamadas substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando a impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade”*. ⁶¹(DAMÁSIO, 1999, p.29)

As moléstias do cárcere são permutadas por restrições a certos direitos ou por trabalho social gratuito.

Este tipo de pena evita que infrações de menor gravidade fiquem impunes e, ainda, que o apenado seja encaminhado à prisão em caráter desnecessário. Ele continua integrado à família e à sociedade, exercendo uma atividade profissional e repensando sua conduta delituosa. As penas alternativas são um caminho aberto para o exercício da cidadania.

Importante salientar que contribui para a redução da população carcerária e os sujeitos presos por crimes de menor potencial ofensivo não convivem com aqueles apenas mais perigosos.

3.2. Breve histórico

Antes do nosso país, outros países já aplicavam as penas alternativas, seja aplicando o trabalho como pena, como no caso da Rússia, sem, no entanto impor restrições à liberdade do apenado; seja restringindo a liberdade, do que hoje chamamos menores infratores, apenas nos finais de semana, como no caso da Inglaterra em 1948 e da Bélgica em meados dos anos 60, esta aplicando apenas nos casos em que as penas não ultrapassavam 1 mês. A partir do Princípio de Mônaco, as penas passaram a ser semanais, eram fracionadas para seu cumprimento, mostrando o caráter de despenalização adotado por tal Princípio. ⁶²(DAMÁSIO, 1999, p.94)

A partir da análise acima se percebe que a Inglaterra, através do seu *community service order*, realizou o mais bem-sucedido exemplo de trabalho comunitário, que pode ser aplicado também aos infratores com idade igual ou superior a 16 anos. ⁶³(PRADO, 2004, p.96) Este

trabalho realizado pelos ingleses só afirmou mais uma vez as vantagens em serem aplicadas penas alternativas no processo de ressocialização do delinquente.

3.3. Penas Alternativas no Brasil

No Brasil, a partir da análise doutrinária⁶⁴, haviam seis penas consideradas alternativas quais sejam: limitação de fim de semana, suspensão da habilitação, não exercício de profissão e nem de cargos públicos, a famosa multa e a prestação de serviços à comunidade. (CARDOSO, 2004, p. 94) Dessa forma, a partir da Lei 9714/98 – Lei das Penas Alternativas, quatro outras penas foram inseridas quais sejam: restrições ao frequentar determinados lugares, arcar com os prejuízos da vítima respectiva e a perda dos bens e valores. Momentos depois, com a promulgação da lei que reformulou a parte geral do Código Penal, Lei 7209/84, começou a serem previstas as penas que hoje conhecemos, privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa, no art. 32 do referido código.⁶⁵ (DAMÁSIO, 1999, p.47)

O inciso I do artigo 98 da Carta Magna prevê:

*“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”*⁶⁶(ANGHER, 2011, p.48).

Alterações foram feitas na lei 9099/95, para o que está disposto supra ser fielmente cumprido, ou seja, as infrações a que a lei estabeleça até 1 ano de detenção serão aplicadas penas alternativa em vez da privativa de liberdade, prezando pela celeridade e economia processual.⁶⁷ (PRADO, 2004, p.96) Outra alteração relevante foi feita dos artigos 43 ao 45 e no 55 e 77 do Código Penal com a Lei 2684 de 18 de Dezembro de 1996 a qual foi aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁶⁸ (DAMÁSIO, 1999, p.47)

Houveram mudanças, também nos Juizados Cíveis e Criminais da Justiça Federal, que diferentemente da Lei 9099/95, aumenta em 1 ano, ou seja, os crimes considerados de menor potencial ofensivo serão aqueles em a legislação, no caso Lei 10259/01, estabeleça pena inferior a 2 anos.⁶⁹ (DAMÁSIO, 1999, 47)

3.3.1. Lei nº 9.714/98 - A Lei das Penas Alternativas.

A Lei nº 9.714/98 alterou as condições necessárias à substituição por penas restritivas de direitos, tendo em vista que estas não estavam dando conta de recuperar aqueles que a ela eram submetidos. Em todo caso, para que se opere de pleno direito a substituição, a pena privativa de liberdade imposta não excederá a quatro anos. Tal lei já pode ser considerada um marco na reestruturação de parte do sistema prisional, ao se aplicada a crimes mais leves, chamados de menor potencial ofensivo. Mas ainda há muito que mudar, e são necessárias medidas urgentes, pois de acordo com Crispim –

*“Não discutimos o caráter retributivo da pena, nem a necessidade de ofertar maior segurança à sociedade face à figura do criminoso, nem mesmo a indispensável diretriz ressocializadora que ora norteia a punição aos delinquentes. O que se discute, porém, é o completo estado de abandono (material, psicológico, educacional, médico, etc.) em que são deixados os presos, na prática dos presídios. Peguemos, a título de exemplo, a problemática do trabalho como elemento auxiliar do processo de reeducação do delinquente.”*⁷⁰(CAPPI, 2002 – Fonte: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/carlocappi/medidasalternativas.htm>)

3.4. Aplicação da pena alternativa

Conforme já mencionado, são aplicadas aos tipos penais cuja pena mínima não exceda um ano (infrações penais de menor potencial ofensivo).

Hodiernamente, aplica-se, por exemplo, aos seguintes crimes do Código Penal: de Lesões corporais culposas delito de trânsito (art. 129); Periclitação da vida e da saúde (arts. 130 a 137); crimes contra a honra (arts. 138 a 145); crimes contra a liberdade pessoal (arts. 146 a 149); crimes contra a inviolabilidade do domicílio (arts. 150 e seus parágrafos); crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 a 154); do dano (arts. 163 a 167); da apropriação indébita (arts. 168 a 170) estelionato (arts. 171); e contravenções penais.

“Quanto aos requisitos das penas, são os mesmos da suspensão de processo, no caso do “Sursis” e a aceitação deve ser feita pelo arguido e pelo defensor. Havendo recusa de um deles, segue o procedimento normal”⁷¹. (PATRIOTA, 2010 – Fonte: www.alvinhopatriota.com.br/tag/penas)

Avaliando a legislação penal anterior, podemos ver um tênue progresso quando dessa alteração que permite ao judiciário, face as suas orientações, substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

3.5. Penas restritivas de direitos

Diante da falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização do condenado, a tendência moderna é a de procurar substitutos penais para essa sanção, ao menos no que se relaciona com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável, por motivos relevantes.

Com o advento da Lei 9714/98, foi ampliado o rol das penas restritivas de direitos elencadas pelo art. 43 do Código Penal.

“[...] Nos termos do referido artigo, as penas restritivas de direito são as seguintes: 1ª) prestação pecuniária; 2ª) perda de bens e valores; 3ª) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; 4ª) interdição temporária de direitos e 5ª) limitação de fim de semana. Com a nova redação dada ao art. 43, foram criadas as penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores, sendo, ainda, admitida a prestação de serviços a entidades públicas.”⁷²(GRECO, 2006, 568)

Algo importante de ser esclarecido é que não houve apenas uma única mudança como a priori se possa pensar que passaram a ser 5 penas restritivas de direitos ao invés de 3, como preleciona Luiz Flávio Gomes –

“Nada mais falacioso. Primeiro porque antes não tínhamos apenas três penas restritivas de direitos. Não se pode esquecer que a pena de interdição temporária subdividia-se em três. Logo, tínhamos cinco penas restritivas. E no art. 60, § 2º, estava prevista a multa substitutiva. Desse modo, contávamos antes com seis penas substitutivas(cinco restritivas mais a multa). Agora, após a reforma legislativa, temos dez(nove restritivas mais a multa)”⁷³(GOMES, 1999, p.103)

De forma a justificar as dez penas explicadas anteriormente, Gomes afirma –

“[...] essas seriam as seis penas substitutivas previstas pelo Código Penal, que se transformariam em dez, em virtude da existência de quatro subdivisões da chamada interdição temporária de direitos, mais a possibilidade da prestação de outra natureza, conforme art. 45, §2º: 1ª)prestação pecuniária; 2ª)perda de bens e valores; 3ª)prestação de serviços a comunidade ou entidades públicas; 4ª) interdição de temporária de direitos; 5ª)Limitação de fim de semana; 6ª)multa substitutiva.[...]se consideramos que a interdição temporária de direitos subdivide-se doravante em quatro(proibição de exercício de cargo, [...]de profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares), já chegamos a nove. A última sanção cominada é a prestação de outra natureza.”⁷⁴(GRECO, 2006, p.569)

Trata-se, portanto, de rol exaustivo, de tal modo que penas privativas de liberdade só podem ser substituídas pelas expressamente elencadas no art. 43 do Código Penal.

O art. 44 caracteriza as penas restritivas de direitos em autônomas e infere que substituem as penas privativas de liberdade, sendo que em seus três incisos e nos § 2º a 4º, do Código Penal prevê as necessárias condições para que se dê a substituição de uma pena pela outra –

“I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); II – o réu não for reincidente em crime doloso; [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); § 1 [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); § 2 Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. [\(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); § 3 Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. [\(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); § 4 A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. [\(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#); § 5 Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. [\(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#)”⁷⁵

Dessa forma haverá sempre a substituição pela pena restritiva de direitos quando a pena privativa de liberdade aplicada ao caso for inferior a um ano; o réu não for reincidente e a

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que esta substituição seja eficiente.

3.5.1. Espécies

a) Prestação pecuniária:

A prestação pecuniária “*consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz.*”⁷⁶(GRECO, 2006, p. 574) Por disposição expressa, no § 1º do artigo 45 do Código Penal, não pode ser ela inferior a um salário mínimo nem superior a 360 vezes esse valor salarial. Assim, de forma sumaria, o juiz deve fixar o *quantum* da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão legal específica de procedimentos para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime.

Com efeito, há que se ter em mente quem pena de prestação pecuniária não se confunde com a de multa reparatória (prevista no art. 49 do CP), uma vez que esta última somente é cabível quando houver dano material do ofendido, causado pelo ilícito, enquanto aquela é admissível ainda na ausência de prejuízo individual. Ademais, muito embora seja a multa uma pena alternativa pecuniária, não é considerada, na legislação penal brasileira, como pena restritiva de direitos e em face desse ponto Bitencourt infere –

*“de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à ‘restrição de direitos’. [...] prestação pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços a comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado”*⁷⁷(BITENCOURT, 1997, p.437)

b) Perda de bens e valores

Fundamenta-se no § 3º do art. 45 do Código Penal.

A CF/88 no inciso XLVI do artigo 5º previu a perda de bens como modalidade de pena a ser adotada pelo legislador ordinário, desse modo a Lei nº 9.714/98 a disciplinou entre as penas restritivas de direitos.

A exemplo do que ocorre no que tange à prestação pecuniária, tem natureza eminentemente patrimonial e consiste no confisco “*em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu*

valor terá como teto [...] o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”⁷⁸ (GRECO, 2006, p.576), prevalecendo aquele que for maior.

c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

O art. 46 em seus parágrafos 1º, 2º e 3º do Código Penal, fala sobre a prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, como, quando, onde e para as quais condenações a mesma é aplicável.

*“[...] consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado [...] em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, sendo que as tarefas [...] devem ser de acordo com suas aptidões, devendo ser cumpridas a razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.”*⁷⁹(GRECO, 2006, p.579).

Esta disciplina também foi alterada pela Lei nº 9.714/98, consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, realizada pelo juiz da execução penal, de acordo com as aptidões do condenado, como dito supra.

Conforme estabelece o novo texto legal supracitado, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 06 (seis) meses de privação de liberdade, assim se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena privativa de liberdade aplicada. Isso se deve ao fato de uma hora de tarefa correspondente a um dia de condenação, de forma que, se o condenado realizar varias horas de tarefa por dia, cumprirá a pena em menor tempo, desde que seja respeitado o limite de metade do tempo da pena privativa de liberdade.

Diante do exposto o magistrado converterá a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade somente em caso de o regime imposto impossibilitar o cumprimento da pena restritiva de direitos. É o que deflui *mens legis* no parágrafo 5º, do artigo 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

*§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. [\(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#).*⁸⁰(Código Penal – Fonte: www.planalto.gov.br)

Destarte, é, sem duvida, a alternativa de maior ocorrência prática. Entendemos que esta medida permite que o condenado se conscientize dos problemas sociais e tem maior valor coercitivo. É, socialmente, mais útil do que a pena de curta detenção.

d) Interdição temporária de direitos

A interdição de direitos, considerada pena acessória no estatuto anterior, foi agora incluída entre as penas principais. Consequentemente desapareceu a pena acessória de interdição de direito ou incapacidade temporária para profissão ou atividade, prevista no art. 69, IV, do CP de 1940.

Pode-se dizer que o artigo 47 cuida da única pena, dentre as enumeradas pelo artigo 43, que se pode considerar restritiva de direitos. As demais podem ser consideradas como são soluções alternativas à privação da liberdade.

A interdição de direitos, que é temporária, não se confunde com os efeitos secundários da condenação enumerados pelo art. 92 em seus incisos I, II e III, que não são automáticos, devendo ser motivados na sentença que os venha aplicar. Por outro lado, a interdição de direitos, que é pena, está lastreada na culpabilidade e não na periculosidade do agente, como a medida de segurança, destinada exclusivamente aos inimputáveis.

Desse modo, a pena restritiva de direitos só poderá ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade quando se mostrar suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Tecendo-se alguns comentários ao art. 47 do CP, as interdições previstas em lei acham-se distribuídas em quatro incisos.

No inciso I, a *“proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo”*. Aqui a lei prescreveu exercício efetivo, não o eventual, que não será facilmente abrangível por uma interdição temporária. Note-se ainda que a norma se referiu a exercício do mandato, que será interrompido enquanto perdurar a interdição. Não ao direito de ser eleito, que não se acha abrangido pela interdição. Em linhas gerais, fica, então, o condenado impedido de executar qualquer ato referente ao cargo, função ou atividade que exercia. Não esclareceu, contudo, a mencionada lei os efeitos de natureza administrativa que irão derivar da imposição da pena restritiva, tais como suspensão de vencimentos, de contagem de tempo e demais vantagens funcionais.

O inciso II, por sua vez, ressalta a *“proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público”*.

A interdição nessa hipótese pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de profissão ou atividade, ou como infração de dever a ela inerente. Ademais, para que se

aplique a interdição, imperioso que a pena se revele suficiente para substituir a pena privativa de liberdade de curta duração, tanto em seu enfoque repressivo quanto no preventivo (art. 44, III, do CP) e a aplicação dessa medida haverá de restringir-se tão somente à atividade ou profissão que ensejou abuso, em seu exercício.

No inciso III, o legislador menciona a “*suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo*”.

Esse dispositivo aplica-se nos crimes culposos de trânsito, em substituição à pena privativa de liberdade, quando não se tratar de infração praticada com veículo automotor. Isso significa que só pode ser aplicada ao agente que, habilitado para dirigir veículo, pratica crime culposos de trânsito na condução de veículo de tração humana ou animal, tais como: animais, carroça etc. isto por que os crimes culposos de trânsito cometidos na direção de veículos automotores passaram a ser tipificados pela Lei nº 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro.

O inciso dispõe como interdição temporária de direitos, a “proibição de frequentar determinados lugares”. Tal modalidade de interdição de direitos foi introduzida pela Lei nº 9.714/98. Já era prevista entre as condições impostas ao condenado que fizesse *jus* ao *sursis*. Das espécies de interdição, é a mais branda e menos gravosa para o condenado. Normalmente, essa proibição versa sobre a frequência a bares e casas noturnas ou lugares de reputação duvidosa.

e) Limitação de fim de semana

Essa modalidade está prevista no art. 48 do CP e obriga o condenado a recolher-se à casa de albergado ou outro estabelecimento similar, “*aos sábados e domingos, por cindo horas diárias[...] juiz de execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horários em que deverá cumprir a pena[...]*”⁸¹, iniciando-se a execução pós primeira presença. (GRECO, 2006, p.583) A partir de análise doutrinária⁸² nota-se que essa pena tem caráter educativo pois, durante o cumprimento desta, poderão ser ministradas palestras ou designadas atividades educativas. A pena é regulada pelos arts. 151 a 153 da LEP, sendo que o art. 153 fala que o estabelecimento designado deverá encaminhar mensalmente, ao juiz da execução, relatório sobre o condenado.(GRECO, 2006, p.584) Outrossim, frise-se que essa espécie de pena é inserida como condição obrigatória do *sursis* simples (art. 78, §1º, CP).

Entretanto, há previsão legal, mas em nosso País há inexistência, praticamente de forma absoluta, no que diz respeito às casas de albergado ou de estabelecimentos semelhantes, inviabilizando-se a aplicação dessa espécie de pena.

4. O SISTEMA PRISIONAL DO BRASIL

4.1. A problemática que envolve o sistema

É notório que o sistema de penas privativas da liberdade tem se mostrado absolutamente ineficaz ao longo do tempo. A crise é generalizada: falhas na condenação, na estrutura dos presídios, escassez de funcionários, corrupção de agentes, rebeliões, motins, sequestro e mortes de funcionários, mortes outras por vários motivos, abuso sexual, comando do tráfico de entorpecentes mesmo fora das grades, e, relacionado a isso comandos de organizações criminosas que atuam nas grandes cidades através da figura dos criminosos de luxo – leia-se de alta periculosidade, quando não é o próprio chefe das organizações - presos, ao abrigo da proteção do Estado, sendo mantidos, bem ou mal, pela sociedade contra a qual ele praticou determinado ato criminoso.

Em razão disso, e a partir de uma análise doutrinária⁸³, o que se tem visto não é uma recondução do indivíduo ao grupo social, como se almejava ao implantar o sistema, mas uma evidente “maquina” de aperfeiçoamento de criminosos, patrocinada pelo Estado, uma verdadeira escola do crime patrocinada pelo governo onde o criminoso entra como nível médio e já sai com aperfeiçoamento em nível superior, tudo isso relacionado a crimes de vários portes, ou seja, parece-nos, que da forma que a pena tem sido executada, as prisões têm se apresentado perante a sociedade como uma escola de graduação do crime, é só acompanharmos os noticiários brasileiros, conquanto, de fato vemos irem a prisões pequenas delinquentes por pequenos delitos, que, diga-se de passagem, não têm necessidade de sofrerem esse tipo de penalidade, mas são quase que obrigados a ir devido à falta de estrutura carcerária no País, e de lá saem aptos à prática de delitos de maior envergadura. (DAMÁSIO, 1999, p.519)

Nas palavras de Bitencourt – “[...] Na sociedade moderna, a imposição de uma pena de 5 (cinco) anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores quanto os que existiam quando se impunham uma pena de 20 (vinte) anos, na primeira metade do século.”⁸⁴(BITENCOURT, 1993, p.147)

No Brasil, existe uma certeza quanto à punição, porém uma certeza desprezível, pois se tem constatado que só existe punição em relação às classes menos favorecidas, quando na verdade deveria ser dirigida a todos.

A despeito desse crime na qual está mergulhado o sistema, Bitencourt assim se manifesta:

*“Na verdade, a questão da privação da liberdade deve ser abordada em função da pena, tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever ser e da interpretação das normas.”*⁸⁵(BITENCOURT, 1993, p.142)

Corroborando com o mesmo entendimento, é de se dizer que, para que o fundamento reformativo transmute-se do plano do “não ser” para o “ser”, necessário é que se estabeleça uma mudança drástica no sistema de execução da pena privativa de liberdade (vindo, sobretudo, da reforma da Lei Penal), passando, desde logo, pela matéria humana e física que compõe o todo.

Isto porque a construção de novos presídios e a adoção de políticas voltadas à humanização do sistema penitenciário é insuficiente para resolver o problema da superpopulação carcerária no Brasil. O que acontece com esse sistema é que a ambição da sociedade pela prisão esta provocando o aumento da criminalidade, porque se tem constatado ao longo dos anos que o encarceramento é uma escola para o crime.

Daí que por tais motivos cresce no Brasil e no mundo a convicção de que se deve destinar ao regime fechado apenas aos autores de crimes mais graves, como os de assassinato ou estupro, por exemplo. Para os demais, os de menor porte, seria mais viável que o Estado ampliasse a aplicação das penas alternativas (já bem elucidadas alhures), isto é, das penas que restringem direitos, mas não a liberdade.

No Brasil, como experimento desse sistema de penas alternativas, as mais bem sucedidas e mais comumente aplicadas são, sem dúvida, as condenações à prestação gratuita de serviços à comunidade, como forma de ressarcir a sociedade por seu crime.

Nas palavras de Pimentel –

*“O fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga[...] a idéia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que a possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização [...] essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando, sem nenhuma vantagem, a sua vida.”*⁸⁶(GRECO, 2006, p.567)

Ao analisar a doutrina⁸⁷, acerca do tema, conclui-se que devido as más condições de alojamento em que habitam os detentos seja por falta de higiene dos mais variados tipos, seja por falta de uma alimentação equilibrada – fatores estes que levam a doenças, inclusive afetando a

parte psicológica, há de se incluir, também, o fato de os presos não praticarem nenhuma atividade edificante, de lazer e afins, ficando a mercê do ócio e junte-se a isso o convívio com outros criminosos, onde na maioria das vezes acabam se associando com finalidade delitiva.(BITENCOURT, 1993, p.143)

Outro fator importante a ser lembrado é o regresso do ex-detento. Submetido ao anteriormente dito perante a sociedade – a tendência do mesmo é sofrer os maus tratos do mundo moderno a exemplo do preconceito, pois já sai taxado de ‘ex- detento’ o que dificulta sua reinserção social e dessa forma, com a falta de oportunidades para se melhorar de vida perante a sociedade, se junta a outros sujeitos na mesma situação e acabam que voltando a vida de delitos, soma-se a isso a probabilidade de delinquir, nas palavras de Damásio –

*“de ordem externa ou interna, referentes às condições físicas, individuais, morais e culturais, condições físicas do ambiente, de vida familiar ou de vida social, reveladores de sua personalidade. Há certos dados, explica José Frederico Marques, que funcionam como fatores e sintomas, como as condições de vida e o caráter”.*⁸⁸(DAMÁSIO, 2011, p. 590)

Há que se falar também nas condições internas, no campo sociológico, impostas ao preso – sujeição regras dentro da prisão que o farão um ser passivo; no caso do trabalho, este só será levado em conta no momento de diminuição da pena não demonstrado necessidade para o detento; há violação da intimidade levando a depressão e também há o fator espaço a que é submetido na forma do artigo 88 da Lei de Execução Penal, *in verbis*,

*“Art. 88 O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. **Parágrafo único.** São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). Nesse sentido, tais fatores podem ser mudados a partir de um leque d melhorias num todo da estrutura dos presídios, como higiene, atividades para s presos, atendimento médico – psicológico frequente, regular visita dos familiares etc.; e de conscientização da sociedade.”*⁸⁹(Lei de Execuções Penais. Fonte: www.planalto.gov.br)

No mesmo sentido Bitencourt lembra em sua doutrina⁹⁰ dos autores do livro “*Ressocialization within walls*”, Lloyd e Richard, onde mostram a realidade dos presídios afirmando que os detentos vivem totalmente isolados no local no que tange aos comportamentos, é influencia pelas regras internas, está submetido a regras rígidas e está submetido a exacerbada rigidez do sistema.(BITENCOURT,1993, p.156)

Entretanto, mesmo estando diante da crise do sistema prisional, é bem verdade que ainda há certa resistência do Governo Federal em executar de uma vez a reforma da Legislação Penal,

ampliando a aplicação das alternativas, reforma esta que, diga-se de passagem, está encalhada no Congresso Nacional, como se estivesse esquecida por nossos legisladores. Observa-se que se dá muito mais ênfase para quem, por exemplo, furtou uma galinha, do que para quem roubou milhões e milhões dos cofres públicos. No final das contas, acaba que o menos favorecido, ao invés de ser conduzido ao sistema de pena alternativa, sofre aplicação de pena prisional. Uma vez preso o condenado, este passa a aprender na prisão o que é a ‘verdadeira’ arte do crime. Por isso é preciso correr contra o tempo e implantar reformas na Lei a fim de impor uma pena menor para delitos menores e maior para delitos mais complexos.

Mas, há de ser ressaltar que, se de um lado, o sistema se esbarra na morosidade do Legislativo, do outro encontra barreiras no Judiciário que, por vezes, resiste em não aplicar as penas alternativas. Então, tudo termina num ciclo vicioso: o Legislativo não faz a reforma da Lei porque tenta encontrar, de outras maneiras, soluções viáveis, enquanto que o judiciário não aplica as penas alternativas com maior frequência, porque espera que o Legislativo amplie o campo de aplicação da Lei por não confiarem na capacidade de controle do sistema. O que ocorre é que não se sabe até quando a situação prisional do Brasil vai permanecer sem uma resposta concreta e enquanto isso vivemos (sobrevivemos?) em uma sociedade insegura.

4.2. A inconveniência do sistema

As penas prisionais são divididas em prisão perpetua e prisão temporária, sendo somente esta última abrangida por nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, as penas privativas de liberdade, sejam as mais utilizadas nas legislações modernas, o consenso geral é o de que nosso sistema prisional encontra-se ‘falido’. Isto porque o tipo de tratamento penal é frequentemente inadequado, quase sempre pernicioso, sendo ainda inúteis os métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multi-reincidentes, ademais, ressalte-se os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais; as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, a corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho e do caráter já viciado. Tudo isso sem falar nas rebeliões motivadas pela insatisfação dos presos que acabam matando muitas pessoas inocentes.

Com efeito, não há dúvida de que o sistema de prisões não cumpre com seus objetivos. Mas, por trás disso, é preciso descortinar que nunca houve no Brasil vontade política de maneira a implementar e inovar o sistema prisional. A Lei de Execuções Penais é uma das mais modernas do mundo, porém, jamais saiu da simples letra do papel, pelo simples fato de vontade política.

Anota-se, também, que não é apenas o sistema prisional que se encontra fracassado. O próprio sistema de penas alternativas não vem funcionando como deveria, pois, ou se condena à prisão alguém por crime pequeno, ou o condenado cumpre o regime alternativo à sua mercê. É preciso que, além de ampliar o sistema alternativo, que se implementem meios fiscalizatórios para seu cumprimento e que haja adequação quando da imposição de determinada pena prisional diante de um delito.

Deve-se, portanto, procurar manter o equilíbrio entre os dois sistemas. Estimular as penas alternativas é correto e abolir a pena de prisão é irresponsabilidade.

A despeito disso, perquirindo-se sobre a realidade do caráter reformatório da pena em nossa nação, tentamos aqui elaborar uma tese que fosse satisfatória aos objetivos teóricos da punição sob esse fundamento (conforme a seguir), adequada e oportuna à realidade vigente.

5. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL

Indiscutível que, como dito alhures, a solução para o sistema prisional atual seria justamente ampliar o campo de aplicação das penas alternativas. Uma vez isso acontecendo, por certo que seria o principal caminho para acabar com a superpopulação nas cadeias e penitenciárias brasileiras e melhorar os índices de recuperação dos condenados.

A explicação reside no fato de que a prisão só é necessária para crimes violentos ou nos casos de grande ameaça à sociedade. Além do mais, quem cumpre uma pena alternativa dificilmente reincide no crime, haja vista que desde o início o condenado não perde o contato com a sociedade, e, conseqüentemente, não perde o gosto pela vida, do contrário que ocorre com a prisão, em que a grande maioria que é trancada e confinada sai revoltada e termina reincidindo à cadeia, muitas vezes por crimes mais arrojados quiçá mais graves cometidos em relação ao primeiro.

Mas seria preciso também analisar a legislação em vigor e a posteriori realizar algumas mudanças, *“Enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, casuais e sem poder de convencimento científico.”*⁹¹ (ROXIN, 2000, p.18) No mesmo sentido Gomes afirma que

*“Ao modelo penal clássico, que continua servindo de base inspiradora da política criminal brasileira paleorrepressiva, expressada em tantas leis penais puramente simbólicas nessa década - leis dos crimes hediondos, do crime organizado, da falsificação de remédios, etc. - contrapõe-se, alternativamente, um novo modelo de Justiça Penal.”*⁹²(GOMES, 2000, p.112)

Entretanto, corroboramos com essa visão de inovação, pelo fato de a nossa legislação penal não estar mais apta à redução de crimes cometidos, estamos diante de um verdadeiro sistema prisional retrógrado, sendo preciso também elaborar com urgência melhorias para, em curto prazo haver redução da reincidência e redução da criminalidade.

Mesmo havendo previsão na lei acerca das alternativas à prisão, ainda é muito tímida sua aplicação no caso concreto, Em verdade, *“Se a política criminal prevê a ressocialização do delinquente, a política administrativa pública deve necessariamente oferecer ao sistema carcerário os meios para se atingir o resgate social do delinquente”*⁹³. (BOBBIO, 1992, p.120 e ss) Corroboramos com a ideia de que as penas alternativas falharam, mas não em sua aplicação que é feita de forma considerável, mas sim no ponto principal que a ressocialização, a recondução do delinquente a sociedade.

Destarte, há que se ter em mente que a pena privativa de liberdade deveria ser apenas para aqueles condenados altamente perigosos; as prisões, por sua vez, deveriam servir apenas para manter a sociedade protegida dos criminosos mais violentos, considerados irrecuperáveis. Com efeito, de nada adianta o governo tentar construir mais prisões sem usar essas novas alternativas propostas, pois o sistema mergulhado nessa mesma crise, na qual se encontra atualmente.

É um paradoxo tentar ressocializar o preso, mantendo-o por um longo período encarcerado, pois a vida dentro de uma cela é totalmente diferente da vida existente na comunidade livre, de forma que

*“[...] o cárcere, em verdade, não diminui a taxa de criminalidade, provoca a reincidência, favorece a criação de um meio de delinquentes, com organização hierarquizada e voltada para o cometimento de futuros delitos, bem como fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família dos detentos.”*⁹⁴ (FOUCAULT, 1983, p.234 e ss.)

A recuperação do condenado deve acontecer no seio da sociedade, sem ser discriminado, vez que, se passar muito tempo privado de sua liberdade, a sociedade tende a esquecê-lo, e ele a esquecer os bons costumes sociais, apenas aderindo aos costumes do ambiente de detenção - grande exemplo disso é o que se passa ao final do filme americano *“Um Sonho de Liberdade”*⁹⁵, quando o personagem Redding – interpretado pelo ator Morgan Freeman - torna-se empregado em um supermercado, e depois de 20 anos preso ainda mantém os mesmo hábitos que tinha

quando detento como por exemplo, o de pedir permissão para ir ao banheiro, dentre outros importantes para o cotidiano - dificultando assim sua ressocialização.(DARABONT, 1995, Um Sonho de Liberdade)

Dessa forma, necessário se faz atentar para que haja aplicação de uma pena que prive o sujeito à liberdade quando diante de extremos casos que ponha em risco grande parte da sociedade e sua recuperação via medidas alternativas não seja a melhor solução, devendo todo esse cuidado ao fato de o sujeito doloso ser antes de tudo *“por mais [...], perturbado, primitivo [...] ainda assim é um homem, e como tal deve ser tratado.”*⁹⁶(BECCARIA, 1999, p.89)

O que se pretende aqui é apresentar uma solução para o sistema vigente, no sentido de que se a “sociedade” através de seus representantes pretende tolher a liberdade de um indivíduo que assim o fizesse utilizando as alternativas ora apresentadas, cujo fito é unicamente resgatar o condenado para o convívio social. Como a pena é fundamentada para evitar o cometimento de novos crimes e, conseqüentemente, a reincidência do preso, através de seus melhoramentos por meio das alternativas, vislumbra-se que isso é perfeitamente possível se as autoridades reestruturarem a legislação que vige no País.

5.1. Vantagens da reforma e desvantagens de se continuar com o sistema

Em um sistema prisional com penas privativas de liberdade muito longas, as desvantagens são muitas, dentre as quais a de retirar da sociedade homens com força de trabalho para produzir, arranca da família seu chefe deixando-a a mercê do desamparo; gera criminalidade indireta, pois quando condenado e preso o pai de família, os filhos crescem na miséria e na marginalidade, tornando-se novos marginais, assim como aniquila a saúde e a personalidade do condenado, vide as condições que estes habitam.

No entanto, dentre as vantagens de se reduzir a pena privativa de liberdade pode-se citar: evita-se o aprendizado de novos crimes de forma que desestabiliza o crime organizado ao não permitindo formar bandidos na cadeia; abrem-se novas vagas nas penitenciárias, evitando a superlotação; possibilita a participação da sociedade na ressocialização; e permite ao judiciário o cumprimento de novos mandados de prisão.

Algo relevante de lembrarmos que ainda existe, e em grande quantidade apesar do significativo progresso no sistema penitenciário, na nossa atual sociedade, é o pensamento, a

fórmula que ainda reina no meio dos juristas a qual infere que o encarcerado deve responder na medida do mal que causou, e o jurista italiano Carnelutti explica que Cristo, na Bíblia Sagrada em Mateus 5. 38 a 47 nos ensina que não devemos expulsar um mal com outro mal, ainda infere que -

“Não há como fazer uma divisão segura entre os homens, ou seja, não há como separar, seguramente, os bons dos maus. Infelizmente, por causa da nossa limitação, agravada ainda mais por uma curta visão, provocada pela ausência da luz do amor iluminando os nossos corações, não conseguimos detectar a presença do germe do mal, nos homens chamados bons, nem a do germe do bem, nos chamados de maus. Basta tratarmos o delinquente como um ser humano e não como a um animal, para descobrirmos nele o pavio fumegante ainda, de uma tênue chamazinha de amor, que a apenas, em vez de extinguir, devia reanimar.”⁹⁷(CARNELUTTI, 2012, p.30 e 31)

Dentre outras vantagens, tanto à sociedade, como ao condenado e ao próprio sistema prisional do País, tais como: trariam melhoria na expectativa de vida possibilitando ao condenado realizar um sonho acalentado, já que a pena muito longa retiraria este desiderato; a disponibilidade de novas vagas nas cadeias e penitenciárias, além de que, o homem em sendo posto em liberdade se sentiria mais útil à sociedade. Igualmente, como parcela dessa reforma, a pena alternativa de prestação de serviços deveria ser prestada pelo condenado, inicialmente, em ambientes como delegacias e presídios, haja vista que ao conhecermos de perto o ambiente em que cumpre pena, menor seria a possibilidade de reincidir, valorizando mais sua liberdade.

Contudo é importante o pensamento de Bitencourt ao afirmar que

“[...] a resposta estatal ao fenômeno criminal deva ocorrer nos limites e por meio do Direito Penal, que é o mais seguro, democrático e garantista instrumento de controle social formalizado, a reação ao delito não deve ser exclusivamente do Direito Penal, que somente deve ser chamado a intervir quando falharem todas as demais formas de controle social [...] Para atingir esse desiderato, uma disciplina puramente normativa e sistemática, como o Direito Penal, necessita da complementação de outras disciplinas, como a Criminologia e a Política Criminal, que admitem a delinquência como um fenômeno social e comunitário, que pode existir nas mais diferentes camadas da população, sem qualquer conotação patológica. Lamentavelmente, essa necessidade de utilização de outras disciplinas similares e complementares tem sido sempre ignorada pelo legislador brasileiro, que pretende resolver todos os problemas - econômicos, políticos, éticos, sociais e morais - através do Direito Penal, utilizando-o simbolicamente”.⁹⁸(BITENCOURT, 2000, p.26)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condição degradante a que estão submetidos os condenados, nas maiores penitenciárias, ao invés de realitá-los para o convívio social, os transforma de muitas vezes em profissionais qualificados do crime.

O sistema penitenciário no Brasil necessita, urgentemente, ser revisto em um amplo aspecto, pois o que se tem visto e presenciado é que nos últimos tempos o Estado deixou de lado o fator humanização das penas que restringem a liberdade o que transformou os presídios brasileiros em sua maioria, quase que literalmente, em verdadeiras masmorras, desrespeitando os direitos do preso previstos nos artigos 5º, XLIX da Carta Magna e 38 do Código Penal.

Nas palavras do Professor Guilherme de Souza Nucci –

“Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2010.)⁹⁹

É imperioso aplicar as penas alternativas, bem previstas no texto legal, como também se faz necessário que leis adequadas no que tange as penas alternativas, sejam criadas para regular a reabilitação do apenado e para que tenhamos presídios mais humanos e que realmente cumpram a sua finalidade social.

Mesmo com o advento da Lei 9.714/98, que alterou a parte geral do Código Penal Brasileiro, propiciando uma abrangência maior das penas alternativas, no Brasil estas penas não estão verdadeiramente arraigadas no meio jurídico, tendo em vista a ausência de instrumentos práticos que as tornem eficazes dando assim a garantia da execução das penas como um todo.

Assim, o Direito Penal, deve atuar antes de tudo como um direito-dever, de defesa social, assim como o Governo deve instaurar as medidas de segurança pré-delituais. As leis de contravenções penais, então, surgem de maneira eficaz, visto que vem desempenhando um papel de prevenção sobre um mal maior, pois que as penas longas, como se pode verificar, a partir da situação do sistema carcerário atual constituem-se de resultados inúteis e danosos, já que não conseguem de forma eficaz, quiçá conseguem reabilitar o indivíduo, para que em liberdade este não volte a delinquir.

O que deve ser exigido do Estado, é que, tendo em mãos um homem por ele enclausurado, lhe dê condições de reabilitação, sendo, portanto, de extrema e salutar importância para a ressocialização do indivíduo a aplicação das penas alternativas, conquanto este irá permanecer em convívio social, com algumas ressalvas, para não aparentar não ter sofrido sanção pelo delito cometido e resultar em aumento nos índices de criminalidade já que “apenas” uma pena alternativa resolve tudo. Já no que diz respeito à pena privativa de liberdade, é imperioso que esta seja imposta somente aos casos de maior periculosidade, pois que se deve cuidar da segurança de uma sociedade e da ordem pública. E nesse interim desestigmatizar a figura do detento na sociedade moderna que é quase irreversível.

Portanto, se o Estado lograsse êxito no que tange a melhoria no auxílio fornecido ao detento, durante o processo de reeducação realizado durante a privação de liberdade, a sociedade não só seria favorecida com a notável redução dos índices criminológicos, como também os próprios condenados encontrariam, novamente, seu espaço dentro do meio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 - CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: editora Pillares, 2006.

2 - JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1º volume. 2011.

3 - MEZGER, Edmund, apud, JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1º volume. 2011.

4 - Ob. cit.

5 - MARQUES, José Frederico, apud, JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1º volume. 2011.

6 - PRADO, Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

7 - PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

8 - ROXIN, Claus, apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1.

9 - Ob. cit.

10 - FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 23 edição. Editora Vozes. 2000.

11 - HASSEMER, Winfried, apud, GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

12 - ROXIN, Claus, apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

13 - PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. Editora Revista dos Tribunais. 1983.

14 - MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado - Parte geral – Volume 1 - Artigos. 1º a 120. 6ª Edição atualizada. Editora Forense. 2012.

15 - TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. Direito Penal – Parte Geral II – Penas até extinção da punibilidade. Volume 5 – Editora Saraiva. 2012.

16 - CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo. Editora Pillares, 2006.

17 - LISZT, Franz Von, A Idéia do Fim no Direito Penal, 1º edição. Editora Rideel, 2005.

18 - WESSELS, Johannes, apud MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., Manual de Direito Penal. 27ª edição. Editora atlas. 2011.

19 - Ob. cit.

20 - JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1º volume. 2011.

21 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

22 - Ob. cit.

23 - MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. , Manual de Direito Penal, 27ª edição, Editora atlas S.A. – 2011.

24 - Ob. Cit.

25 - Ob. Cit.

26 - Ob. Cit.

27 - Ob. Cit.

28 - Ob. Cit.

29 - Ob. Cit.

30 – GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

31- Ob. cit.

32 - BRUNO, Aníbal, apud JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1ºvolume. 2011.

33 - Texto “A barbárie cotidiana do Presídio Provisório” extraído do site: http://www.dhnet.org.br/tecidosocial/anteriores/ts013/sist_penit_barbarie.htm , no dia 05/04/2014 às 16:00 horas.

34 - Ob. cit., acesso no dia 05/04/2014 às 16:23 horas.

35 - FERRAZ, Cláudio; PIMENTEL, Rodrigo; BATISTA, André; SOARES, Luiz Eduardo. Elite da Tropa 2. 1ª edição. Editora Nova Fronteira. 2010.

36 - MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 19ª Edição revista e atualizada. São Paulo. Editora Atlas. 2002.

37 - JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1ºvolume. 2011.

38 - Ob. Cit.

39 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

40 - Ob. cit.

41 - Ob. cit.

42 - Ob. cit.

43 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm - consulta realizada às 21:10 – dia 08/04/2014.

44 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm - consulta realizada às 21:12 – dia 08/04/2014.

45 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm - consulta realizada às 21:29 – dia 08/04/2014.

46 - MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 19ª Edição revista e atualizada. São Paulo. Editora Atlas. 2002.

47 - PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. Revista dos Tribunais, 1983.

48 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

49 - PACHECO, Wagner Brússolo. A prisão-albergue no Estado do Pará. RT 582/227.

50 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm - consulta realizada às 22:30 – dia 08/04/2014.

51 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

52 - Ob, cit.

53 - JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1º volume. 2011.

54 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm - consulta realizada às 22:45 – dia 08/04/2014.

55 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

56 - JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1º volume. 2011.

57 - Ob, cit.

58 - ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12ª EDIÇÃO. Editora RIDEEL. 2011. Parte consultada: Código Penal.

59 - PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. Revista dos Tribunais, 1983.

60 - Trecho retirado do texto de autoria de Acauam Oliveira - Fonte: <http://passapalavra.info/2012/08/63223>– Texto de Acauam Oliveira. Ano: 2012.Consulta realizada ao dia 09/04/2014 às 10:30.

61 - JESUS, Damásio de. Direito penal. Volume 1. 23.edição. Editora Saraiva. 1999.

62 - JESUS, Damásio Evangelista de. Penas Alternativas – Anotações a Lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998. Editora Saraiva. 1999.

63 - PRADO, Luís Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2004.

64 - CARDOSO, Franciele Silva. Penas e Medidas Alternativas: análise de efetividade de sua aplicação. Editora Método. 2004.

65 - JESUS, Damásio Evangelista de. Penas Alternativas – Anotações a Lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998. Editora Saraiva. 1999.

66 - ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12ª EDIÇÃO. Editora RIDEEL. 2011. Parte consultada: Código Penal.

67 - PRADO, Luís Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2004.

68 - JESUS, Damásio Evangelista de. Penas Alternativas – Anotações a Lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998. Editora Saraiva. 1999.

69 - Ob.cit.

70 - Cappi, Carlos Crispim Baiocchi - <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/carlocappi/medidasalternativas.htm> - consulta realizada dia 09/04/2013 às 15:30.

71 - PATRIOTA, Gennedy. advogado militante, graduado pela UNB – Universidade de Brasília, e pós-graduado em Direito Privado pela UNEB – Universidade do Estado da Bahia. Integra, desde 1994, o escritório Alvinho Patriota Advocacia, Núcleo de Petrolina-PE. Penas alternativas. Consulta ao site <http://www.alvinhopatriota.com.br/tag/penas/>, no dia 09/04/2014, às 20:56.

72 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

73 - GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão. Editora Revista dos Tribunais. 1999.

74 - GOMES, Luiz Flávio, apud, GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

75 - Consulta ao Código Penal, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, realizada no dia 09/04/2014 às 22:12.

76 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

77 - BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – Parte Geral. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

78 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

79 - Ob cit.

80 - Consulta ao Código Penal, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, realizada no dia 09/04/2014 às 22:24

81 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

82 - Ob cit.

83 - JESUS, Damásio de. Direito penal. Volume 1. 23.edição. Editora Saraiva. 1999.

84 - BITENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas. Editora Revista dos Tribunais. 1993.

85 - Ob. cit.

86 - PIMENTEL, Manoel Pedro, apud, GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 6ª edição. Editora IMPETUS. Volume 1. 2006.

87 - BITENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas. Editora Revista dos Tribunais. 1993.

88 - JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral, 32ª edição, Editora Saraiva. 1ºvolume. 2011.

89 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm - Consulta a Lei de Execuções Penais, realizada dia 10/04/2014 às 09:23.

90 - KORN, RICHARD R.; MCCORKLE ,Lloyd W., apud, BITENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas. Editora Revista dos Tribunais. 1993.

91 - ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Tradução de Luiz Greco. Editora Renovar. 2000.

92 - GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2000.

93 - BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. 1992.

94 - FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Tradução de Ligia Vassalo. Editora Vozes. 1983.

95 - Filme “Um Sonho de Liberdade” – Drama, lançado em 25 de Janeiro de 1995 e dirigido por Frank Darabont.

96 - BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. Editora Ediouro. 1999.

97 - CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal. Editora Servanda. 2012.

98 - BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas Penas Alternativas. Editora Saraiva. 2000.

99 - NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

